SECONDA ALLEGAZIONE

P E R

L' Illuſtre Principe di Campana

NELLA CAUSA CHE EGLI HA

Colle Sorelle di Carino

NELLA SUPREMA GIUNTA DI STATO

DEGNISSIMO COMMESSARIO

L' Illuſtre Marcheſe Porcinari.

Digitized by Google

J. M. J.

Dopo avere dato alle ſtampe la mia allegazione per l'Illuſtre Principe di Campana nella conteſa, ch' egli ha colle figlie del fu D. Pompeo Carini, le quali hanno preteſo, e tuttavia pretendono rivindicare le difeſe dall' Illuſtre Principe poſſedute, e ad eſſo lui vendute dal detto fu D. Pompeo e ſuoi figli, ſono nell' obbligo di dare alle ſtampe un'altra allegazione relativa al giudizio di aſſiſtenza, intentato ſopra dette Difeſe dal Monaſtero de' Padri Tereſiani Scalzi, alle dicui ragioni è ſucceduto l'Oſpedale degli Eſpoſiti della Città di Coſenza. Io per dilucidare l'oggetto di queſta mia ſeconda Scrittura, parto del mio debole intendimento, ſtimo neceſſario ed opportuno di ripetere, e richiamare nuovamente il fatto della controverſia, non potendo altrimenti far uſo del dritto, ſenza che il fatto premetta.

FATTO DELLA CONTROVERSIA.

IL fu D. Pompeo Carini poſſedeva nella Terra di Rende molti ſtabili, pervenutili da' ſuoi Maggiori non liberi, ma da' medeſimi a fedecommeſſo ſoggettati, alcuni da' collaterali, altri d'aſcendenti. In uno di detti fedecommeſſi, fatti per contratto, fu data a' chiamati la facoltà di poter permutare colla condizione, che le robe, ed i ſtabili in forza di permuta acquiſtati, nuovamente ſi doveſſero intendere agli antichi beni fedecommeſſati ſurrogati; però queſta facoltà non ſi legge nell' altro fedecommeſſo conceduta.

Il Convento di S. Tereſa teneva la tenuta del feudo di S. Morello, laſciatoli con titolo ereditario dal fu D. Gaetano Coſcinelli, tenutario anche del medeſimo, giacchè la feudalità ritrovavaſi inteſtata alla perſona della fu D. Roſa Ferrigno. Penſò il ſuddetto Carini per vantaggio della ſua Caſa acquiſtare detto feudo, il quale per l'oppoſto fu la dilui rovina, dando *in ſolutum, & pro ſoluto* ad eſſo Monaſtero i ſuoi beni, che poſſedeva in Rende, ed avendone già avuto il trattato reſtò effettuito il negozio a' 15. Gennajo del 1734.. Quindi ſtipuloſſene l'iſtromento, e nel medeſimo tempo, ch' egli ne acquiſtò

la tenuta dal Moniſtero , acquiſtò anche la feudalità dall' anzidetta D. Roſa Ferrigno. Furono al Convento dati in forza di dazione *in ſolutum* i beni poſſeduti da eſſo Carini in Rende, ma con tutta la mala fede; imperciocchè, tacendo gli antichi fedecommeſſi ſu de' medeſimi, aſſerì eſſere franchi, e liberi da qualunque peſo, ſervitù, fedecommeſſo purificato, e purificando. Promiſe egli l'evizione, ed il Moniſtero ſi riſerbò il dominio di detto feudo (il che ſi riſolve in ipoteca), e riſerboſſi la facoltà anche di poter aggire per l'evizione relativamente al tempo del contratto, o al tempo, che detta evizione ſeguiſſe.

Intervenne nell' iſteſſo iſtromento la fu D. Lucrezia Marigliano, moglie di detto fu D. Pompeo, la quale rinunciò all' ipoteca delle ſue doti di ducati duemila, ed all'anteſato, per cui ritrovavanſi obbligati gli indicati beni di eſſo Carini, che ſi dovevano dare al ſuddetto Monaſtero franchi, e liberi da ogni peſo, e detta ipoteca, e ſue ragioni dotali furono traſfuſe ſopra detto feudo: qual commutazione, e rinuncia all'antica ipoteca, fu confirmata da Regio aſſenſo (1), che le fu accordato colla clauſola, *dummodo ſit cauta in bonis viri*.

Dopo eſſer paſſato il feudo ſuddetto nell' utile dominio di eſſo Carini, ed il dominio de' ſuoi beni in forza di detta dazione *in ſolutum* a detto Moniſtero, l'iſteſſo Pompeo Carini, ed i ſuoi figli venderono all' Illuſtre Principe di Campana a Maggio 1734. per ducati 2800. in circa i ſeguenti beni.

Reſtinaggio = Giojetto = Giardinello vecchio = Torre = Jaccata, e Cappellara = Tenimento di Sirivenna = Queſti territorj furono prima apprezzati dal Tavolario Attanaſio relativamente alla loro rendita al 4. e mezzo per cento, ma quando poi furono venduti a detto Principe, fu la loro rendita valutata al cinque per cento. E' però d' avvertire, ch'eſſo Principe non comprò l' intiero territorio di Sirivenna, ma ſolamente quella parte del medeſimo, ch' era ſita entro il territorio di Pietra Paola, come ſi deſume dall' iſtromento di detta compra, e più chiaramente dalla dilui ratifica, che in fine di detto iſtromento leggeſi. Cauteloſſi eſſo Principe per l' evizione nel caſo che ſeguiſſe, ed eſſa D. Lucrezia Marigliano, e ſuoi figli, che puranche intervennero alla ſtipola di detto iſtromento, ſi obbli-

(1) *Fol.* 50.

bligarono a detta evizione, ed obbligò essa D. Lucrezia le sue doti col Regio assenso, impetrato però ed ottenuto colla solita clausola, *dummodo non excedat tertiam partem dotis*. Dallo stesso stromento si ravvisa, che il prezzo suddetto di ducati duemila ed ottocento di dette Difese burgensatiche, vendute ad esso Principe di Campana, fù impiegato, e convertito da detto Carini all' intestazione di detto feudo, all' istromento stipolato di detta compra, e ad altre spese.

Dopo pochi anni il feudo additato di S. Morello fu venduto al Duca di Verzini D. Niccolò Cortese, e stante la sua nota fellonia fu incorporato al Regio Fisco. In questo stato di cose due figliuole femine, discendenti da Pompeo Carini, domandarono la spettanza degli antichi loro beni, posseduti dal Monastero di S. Teresa, in forza degli antichi fedecommessi, a cui le medesime venivano *ex propria earum persona* chiamati.

Intentato prima il giudizio in Vicaria, ed indi poi nel S. C. fu detta spettanza ottenuta dalle medesime, e la Sentenza trovasi passata in cosa giudicata, senzacchè nè il Principe di Campana, nè gli altri interessati cosa veruna potessero più opponere contro tale spettanza; giacchè tutti intervennero, e furono intesi in giudizio.

In questo stato di cose l'anzidetto Monastero domandò la restituzione, ed il ricupero di detto feudo, stante già l'evizione seguita, e perciò intentò giudizio contro il suddetto Principe di Campana per rilasciare le dette Difese, il dominio delle quali stante la rivocazione, e risoluzione del contratto della vendita di detto feudo, dovea ritornare ad esso Monastero; ma poi con altra istanza si vede convenuto detto Possessore con giudizio d'assistenza *ad id quod interest* a beneficio di detto Monistero, e per esso del detto Ospedale di Cosenza, ch'è succeduto alle dilui ragioni. Circa detti fatti da me con tutta la fedeltà esposti e narrati, tre articoli mi occorre d'esaminare, e sono i seguenti.

Il primo articolo è, se risoluta la vendita fatta del feudo di S. Morello al Barone Carini, per l'evizione seguita dei beni dal medesimo dati *in solutum* a detto Monastero, possa il Monastero medesimo servirsi delle sue antiche ragioni, per lo regresso ad avvocare, e ricuperare il detto suo feudo.

Il secondo è, se possa esso Monastero domandare l'assistenza su i beni posseduti dal Principe di Campana, di pertinenza di detto feudo, e per quanto detta assistenza gli si possa accordare.

Il terzo articolo è, se la moglie D.Lucrezia Marigliano abbia potuto validamente rinunciare alla prima ipoteca contratta su de' beni di Carini, trasfondendola sopra i beni feudali, e burgensatici di detto feudo.

C A P. I.

Con cui si dimostra, che evinta la roba venduta nasca una nova azione per l' interesse del Compratore, senzacchè servir si possa dell' antica sua ragione.

PEr li contratti di compra e vendita altra azione non può sperimentarsi, se non che la sola azione personale, relativa all' interesse, che patisce il Compratore per essergli stata la roba evitta per colpa del Venditore: può sperimentare l' ipotecaria, quando convenuta si fosse la riserba del dominio della cosa venduta, pendente il pagamento del prezzo della cosa medesima, senza che possa avere regresso ad acquistare nuovamente la cosa venduta; giacchè il dominio della stessa fu trasferito al Compratore, ed essendo indi poi seguita l' evizione, nasce a beneficio del Compratore medesimo una nuova azione, per ripetere dal Venditore tutto, e quanto richiede il suo interesse, per mancarli la roba comprata. Ma che diremo se il Compratore in cambio del denaro, che dovea pagare, avesse dato al Venditore in luogo di detto denaro qualche fondo estimato, potrà forse egli per l' evizione seguita ricuperare il fondo dato al Venditore, o pure agire contro il medesimo soltanto in forza di quell'azione d' interesse, accagionatoli dall' evizione del fondo? Questo è quel caso tanto controvertito, deciso da Ulpiano nella *L.* 24. *ff. de pignorat. action.*, che io trascrivo così.

Eleganter apud me quæsitum est, si impetrasset creditor a Cæsare ut pignus possideret: idque evictum esset, an habeat contrariam pignoratitiam? & videtur finita esse pignoris obligatio: & a contractu recessum. Imo utilis ex empto accomodata est, quemadmodum si pro soluto res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit. Et compensationem habere potest creditor si forte pignoratitia, vel ex alia causa cum eo agatur.

Il dotto *Brunneman* così commentò detta Legge: *hypothecata re in solutum data, & postea evicta, non agitur actione primitiva pignoratitia sed utili ex empto, quia datio in solutum est instar venditionis . . . . Ideoque creditor protestando debet dicere*

cere se nolle recedere ab obligatione pristina.

Io so molto bene le Leggi, che sono contrarie a tal mio assunto, e al suddetto lodato responso di Ulpiano, ma il dotto Cujacio mirabilmente colla sua gran dottrina le ha conciliate nel libro decimonono *osservat.* 38. nel *Comment.* della *Leg. si quis aliam ff. de solut.*, colla distinzione della compra e vendita, e della permutazione. Io ne trascrivo le parole, che sono le seguenti: *Ita venditor qui pro pretio rem æstimatam accepit, idem etiam pro emptore habetur: & utrique re evicta datur utilis actio ex empto in eum, a quo rem accepit pro soluto, in quantitatem debiti, vel ejus quod interest . . . At si pro re res soluta sit permutationem esse, quæ etsi emptioni venditioni similis sit, tamen in multis longe ab ea distat, & inter cetera quod quæstionem propositam expedit, quia rem alienam tradens, contrahit venditionem, non etiam permutationem: quia permutatio ita geritur, do ut des, & non dat nisi qui facit accipientis L. ultima ff. de condit. cau. dat. Ergo quasi non contracta permutatione pristina obligatio rei debitæ integra manet re evicta, quæ pro ea soluta erat.*

Non poteva il lodato Autore col suo sublime ingegno meglio di chicchesia sciogliere un nodo cotanto intrigato, che nulla più. Nella compra e nella vendita a favore del Commercio è ricevuto, che anche l' altrui roba vendere si possa e distrarre, nè il Compratore è tenuto a trasferire il dominio, s' egli non l' abbia della cosa, ma bensì il dilei possesso vacuo, e libero, colla cautela però del Compratore, che venendo ella evitta per colpa del venditore, si dia luogo all'evizzione, per essere il Compratore rifatto di quanto l' interesse suo richiede, nell' esserli mancata la cosa comprata. Ma la stessa ragione non corre per la permutazione, giacchè la cagion finale della medesima si è d' acquistarsi il dominio della cosa permutata, e perciò venendo evitta in modo il contratto risolvesi, che non riputandosi essere unquemai fatto, viene a ravvivarsi l' antica azzione, che rimane ferma, sempre quando il contratto non sussiste.

E per convalidare coll' uso pratico del foro il mio assunto, in tali termini individuali vi è la decisione 50. del Presidente de Franchis, il quale soggiunse, che per intendersi riservata l' antica ragione, siavi necessaria della medesima l' espressa menzione.

Lo stesso scrisse il Cardinal de Luca, e lo riporta anche deciso dalla Ruota nel suo discorso 32. *de credito, & debito* nel numero nono colle seguenti parole: *Quartus est ille in quo pro-*

Digitized by Google

prie cadit quæstio non modicam habens scribentium scissuram, & super quo in hac disputatione plura involvebantur hinc inde, ubi scilicet creditori quantitatis datur in solutum aliqua species jure formalis dationis, quæ speciem emptionis, & venditionis redoleat: Et tunc aut creditor protestatur (juxta frequentiorem cautelam) de reservatione primævorum jurium in casu evictionis vel molestiarum, & quid quid aliqui suptilizando dicant, ut neque ista protestatio suffragetur, quorum opinio scholis, & accademiis pro juvenum ingeniis exercendis congrue est; In foro extra controversiam receptum, & quotidianum habemus, ut protestatio suffragetur, ac primæva jura conservat; & merito quidem quomodo cum novatio sit effectus voluntatis ita per legem præsumpta, impossibile est illam dare sine voluntate, imo ea expresse in contrarium declarata, neque unquam legis fictio seu præsumptio intrat, ubi habetur contraria probatio expressa, juxta vulgarem regulam Textus in L. ille aut ille ff. de Legatis tert.

Premesse intanto le dette regole del dritto, vediamo se le medesime siano applicabili al nostro caso. Che il contratto tra il Monastero di S. Teresa di Cosenza, stipolato col fu D. Pompeo Carini, sia stato un contratto di compra e vendita, e non di permuta, dalla volontà degli stessi contraenti si desume chiaramente. Il suddetto D. Pompeo diede i suoi beni, che possedea in Rende, all' additato Monastero *in solutum & pro soluto* in luogo del prezzo convenuto, che li doveva pagare, dicendo che i medesimi erano franchi e liberi da qualunque peso, e servitù, e da qualunque vincolo di fedecommesso, obbligandosi alla evizione *de jure & de facto*, o secondo il tempo del contratto, o della evizione seguita, ad elezzione di detto Monastero. Ecco dunque che tal contratto fu di compra e vendita, e non di permuta, e che conseguentemente essendo stato evitto detto Feudo, non possa il Monistero, il quale non si protestò in contrario, avere il regresso sopra il medesimo, potendo soltanto aggire, ed avvalersi dell'azione *ex empto*, relativa al suo interesse patito circa la perdita de'beni di detto Carini, ch' egli ha fatto per l' additata revindica, fattane dalle figlie di Carini per l' indicato fedecommesso. Se dunque non può il Monastero, e per esso il detto Ospedale, revindicare il suddetto Feudo, dovrà restar ferma la vendita fatta da Pompeo Carini all' Illustre Principe di Campana, sogetta benì al giudizio d'assistenza nel modo però, che sarò io a dimostrare nel suo proprio luogo.

Per

Per poter io con maggior dilucidazione dimostrare l'assunto, avvertisco, che i beni fedecommessati alienare si possono durante la vita del gravato, sempre quando però non siavi l'espressa proibizione dell'Uomo, stante la quale l'alienante decade dal dominio della cosa distratta, a cui viene a succedere l'immediato chiamato; ma quando questa non siavi, può bene il gravato distrarla, avendone il dominio quantunque revocabile. In uno de' fedecommessi della Casa Carini fu accordata la facoltà a' chiamati di potere le robe fedecommessate alienare per comprarne altri beni, li quali fossero rimasti surrogati agl' antichi fedecommessi: dunque molto bene senzacchè fatta si fosse permuta, si poterono quelle alienare, e dare *in solutum & pro soluto*, in luogo del prezzo, ad esso Monistero per la vendita di S. Morello, siccome fu praticato. Quindi l'indicato contratto fu di compra e vendita, e non di permuta, e conseguentemente non può darsi il regresso al Feudo, ma soltanto l'azione *ex empto*, per risarcirsi al Monastero tutto, e qualsivoglia suo interesse, per esser stati evitti i beni di detto Carini, datili in luogo del Feudo suddetto colla dazione *in solutum*.

C A P. II.

Con cui s'esamina l'azione ipotecaria, in forza della quale il Monastero pretende l'assistenza sopra le Difese di S. Morello, venduteli dal sudetto Carino.

Allorchè il Feudo di S. Morello fu venduto a D. Pompeo Carini dal detto Monastero, egli riserbossi il dominio di detto Feudo pendente il pagamento del prezzo convenuto, e anche riserbossi la sua ragione in caso, che venissero evinti i beni, che l'avea dato *in solutum & pro soluto* esso Carini. Nell'istesso Istromento intervenne la fu D. Lucrezia Marigliano, la quale rinunciò all'ipoteca delle sue doti di duc. 2000., che aveva acquistato sopra i beni di detto Carini, e la trasfuse sopra detto feudo di S. Morello col Regio Assenso, che le fu accordato colla Clausola *dummodo sit cauta in bonis viri*. Adunque concorrendo coll'istesso Istromento nell'istesso tempo stipolato il Monistero sudetto, e l'additata D. Lucrezia, vediamo chi debba essere preferito. Essa D. Lucrezia, o sia il dilei cessionario agisce per la dote, la quale essendo privilegiata fa che abbia la prelazione, secondo quello che scrisse dottamente

Aloisio

Digitized by Google

Aloiſio nel ſuo trattato *de pignoribus & Hypothecis al Cap.IV.* colle ſeguenti parole: *Excipiunt tamen ab hac regula nonnullos caſus, primo cum alter ex creditoribus ejuſdem diei aliquo privilegio fruitur, quia ob favorem prior tempore præſumitur, veluti eſt cauſa dotis; nam in ambiguis pro dotibus reſpondere melius eſt L. in ambiguis ff. de jure Dot.*. E ſeguitando a ſcrivere il ſudetto Autore ſoggiunge un altra eccezione così: *Si ex his creditoribus, qui pares in tempore ſunt, unus poſſideret, is alteri deberet præferri ex regula, quod in pari cauſa melior eſt conditio poſſidentis, qui videtur de damno vitando agere*. Ambedue queſti requiſiti concorrono nel caſo noſtro, cioè quello della dote, e l'altro del poſſeſſo; imperciocchè il Principe di Campana è il Poſſeſſore di dette Diſeſe venduteli da Carini, e dalla ſua Moglie D.Lucrezia, coll'obbligo della medeſima per l'evizione anche ſopra le ſue doti. Ma quello, ch'è più da rifletterſi circa tale rincontro, ſi è, che avendo eſſa D. Lucrezia nello ſtromento traſfuſe le ſue doti ſopra detto Feudo pare, che il Monaſtero acconſentito vi aveſſe, altrimente ſi ſarebbe proteſtato di reſtar ſalve le ſue ragioni per l'ipotecaria, quante volte i beni da Carino dateli *in ſolutum* ſi foſſero evitti. Egli circa ciò non fece riſerba alcuna di ſue ragioni, dunque acconſentì all'ipoteca dotale traſfuſa, e commutata ſopra detto Feudo, come adunque al preſente può egli impugnarla, ed eſcluderla?

Ma ſupponiamo, che poſſa far ciò, è convenevole eſaminare per qual prezzo poſſa egli ottenere l'aſſiſtenza relativa al fondo diſtratto, poſſeduto da eſſo Principe di Campana, cioè a dire, ſe doveſſe riguardarſi il Fondo per quel prezzo, che queſto aveva nel tempo, che fu ipotecato, e poi venduto, o pure per quel prezzo, e valore, che ha preſentemente per il beneficio del tempo, e ſe non ſolamente il medeſimo, m'anche i frutti percepiti vengano ſotto la dilui ipoteca.

Fino a tanto, che il fondo ipotecato rimane nel dominio del debitore, non vi è dubio, che il medeſimo, ed i frutti ancora ſiano ipotecati; ma il dubio naſce allorchè il fondo ſiaſi alienato e diſtratto, ſopratutto con titolo oneroſo, e ſia poſſeduto da un terzo in forza di Compra, e vendita. Sopra ciò vi è il reſponſo di Paolo nella *L. 29. Paulus* §. 1. *Si mancipia ff. de pignoribus & hypothecis*, che io traſcrivo: *Si mancipia*, egli ſcriſſe, *in cauſam pignoris ceciderunt, ea quoque quæ ex his nata ſunt, eodem jure habenda ſunt. Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, ſive ſpecialiter de his convenerit ſive*

non:

Digitized by Google

non: ita procedit si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit, vel haeredem ejus: ceterum si apud alium dominum peperint, non erunt obligata. Al qual responso di Paolo corrisponde quello di Cajo nella *L. potior. ff. qui potior. in pignore* §. 3. così: *Si de futura re convenerit ut Hypothecæ sit, sicuti est de partu: hoc quæritur an Ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris; & in fructibus si convenit ut sint pignori: æque quæritur an fundus, vel jus utendi conventionis tempore fuerit debitoris*.

L'acutissimo Papiano nella *L. conventio 1. ff. de pignoribus & hypothecis* al §. 2. *cum prædium*, scrisse lo stesso nel modo come siegue: *Cum prædium pignori daretur nominatim ut fructus quoque pignori essent convenit: eos consumptos bona fide emptor utili serviana restituere non cogetur. Pignoris etenim Causa, nec usucapione perimi placuit: quoniam quæstio pignoris ab intentione domini separatur. Quod in fructibus dissimile est, quia numquam debitoris fuerunt*.

Nell'uso pratico del Foro così la suddetta Legge viene commentata dal Cardinal de Luca nel suo discorso 37. *de credito num.* 14. *Ut scilicet fructus, qui percipiuntur ex rei hypothecatæ de tempore quo illa non erat amplius in dominio debitoris, quoties jam percepti sunt, atque ab eorum Causa productiva separati, non cadant sub hypotheca, cui ipsa res seu causa productiva affecta esset, nisi quatenus Creditor hypothecam exerceat dum adhuc sunt pendentes, cum tunc dicantur ipsius rei pars*.

Da tutte le cose finora trattate si ravvisa, che l'ipoteca relativamente al valor del Fondo si considera secondo quel tempo, che il fondo medesimo fu nel dominio del debitore: tutto l'opposto però allorchè per titolo oneroso l'istesso fondo ipotecato passò al terzo Possessore; imperciocchè allora tutti i frutti, come seguela del dominio in beneficio dell'istesso terzo possessore vanno. Onde pare che mi sia lecito di poter argomentare, che riguardo all'ipoteca possa dirsi, ch'ella per il valore del fondo sia relativa a quel tempo, che il fondo fu posseduto dal debitore, e che per l'opposto cresciuto il valore del medesimo in tempo, che fu posseduto dal terzo possessore, andasse a pro dello stesso terzo possessore libero detto dippiù dall' ipoteca, siccome in un caso simile scrisse il Cardinal de Luca nel suo discorso 35. *n.* 43. *de legitima* nel modo come siegue: *Quo vero ad aliam speciem melioramentorum intrinsicorum, & incorporalium; aut agitur de illis quæ proveniunt ex beneficio naturæ, vel temporis, aut alluvione absque impensa vel industria*

B

Pos-

Possessoris; & ista planum est spectare ad dominum rei.

Il laudato Autore tratta tale articolo nel trattato *de emptione & venditione*, ove suscita il dubio della vendita fatta col patto della ricompra, cioè a beneficio di chi dovesse andare l'intrinseco accrescimento del Fondo, se a pro del ritraente, o in beneficio del Compratore. Eccone le parole nel *num. 12. & 13. de empt. & venditione discurs.* 32: *Duplicem id habet rationem, primo scilicet quod emptor cum pacto de retrovendendo, seu alias retractui subjectus, interim dicitur verus ac perfectus dominus ad omnes effectus etiam juris retrahendi, & consequenter ejus debet esse intermedium commodum, vel damnum incrementi vel detrimenti etiam intrinseci, seu alias accidentalis, tamquam sequela dominj.*

Dunque le additate Difese, possedute dall'Illustre Principe di Campana, relativamente al loro valore saranno sogette all'ipoteca secondo il prezzo, che dopo la vendita hanno acquistato per beneficio del tempo, atteso questo, come seguela del dominio a beneficio dell'istesso Principe dee andare, siccome cede a beficio del Compratore, purchè non siavi patto espresso in contrario, il maggior valore del fondo sopravvenuto nel tempo del suo possesso, quantunque il contratto fosse rivocabile in forza del patto della ricompra stipolato.

CAP.

CAP. III.

Con cui si dimostra, che l'obbliganza della fu D. Lucrezia Marigliano, anche relativamente alle sue doti, non possa impugnarsi dal Monastero di S. Teresa per la pretesa evizione, ed ipoteca del Feudo di S. Morello.

PEr le donne due Leggi noi abbiamo, l'una ch'è la *L. Julia* relativa alla conservazione della dote: l'altra il Senato Consulto Vellejano, che proibisce l'obbliganza delle donne, stante la loro notoria fragilità. La *L. Julia de Adulteriis* proibì la distrazione della dote nel *Cap.* 20. così come rapporta Einecció nel suo dotto Commento sulla *L. Julia* e *Papia*: *Fundum dotalem italicum Maritus invita Uxore ne alienato, neve consentiente ea obligato*. Si permette l'alienazione col consenso della Moglie, perchè essendo per loro natura le donne avarissime si presume libera la loro volontà, e deliberata circa la distrazione, ma non lo stesso per l'obbliganza, per cui riputar si può, e considerare la fragilità del loro sesso, atteso taluno più facilmente obbligasi, che dona il suo.

L'altro è il Senato Consulto Vellejano fatto sotto il Console Vellejano Tutore: si disputa tra gl'Interpetri, se detto Senato Consulto abbia resa, e fatta nulla l'obbliganza delle donne, o soltanto abbia dato alle medesime l'eccezione, ed il dotto Perezio nel Commento del Codice ha opinato, che detto Senato Consulto l'eccezione, e non l'azione abbia dato alle donne contro le loro obbliganze, eccone le parole, *Sed verius (exceptis casibus de quibus mox) eam teneri cum passim dicatur mulieri subveniri per exceptionem, quæ cum sit actionis exclusio, merito actionem præsupponit, & facit quod dicit Imperator hoc tit. Senatum non sinere efficacem esse obligationem*.

Considerò il Senato Consulto la fragilità delle donne nell'obbligarsi, onde allorchè non si vegga la loro debolezza, ma si scorga una costante, e deliberata volontà, cessando in tal caso la cagion finale della L. luogo più non ha il dilei effetto. Quindi Giustiniano eccettuò dal Senato Consulto l'obbliganza della donna, ratificata dalla medesima dopo il biennio colle parole seguenti nella *L. Si mulier cod. ad Senat. Consf. Vellej.*: *Si mulier perfectæ ætatis constituta, post intercessionem vel cautionem conscripseris. . . Sin autem post biennium hæc fecerit, sibi imputet si quod sæpius cogitare poterat, & evitare, non fecit sed*

ultro

Digitized by Google

ultro firmavit. Se n' eccettua però quando obbligata si fosse per il Marito. Se dunque la donna per quanto tempo abbia vissuto, come fece essa D. Lucrezia, non siasi della sua obliganza unquemai querelata, qual maggiore ratifica oltre a questa ha potuto ella fare per la validità dell' atto?

Quindi sorge il dubio, se gl' Eredi possano avvalersi di una sì fatta eccezione: l' Imperador Giustiniano rafferma col suo rescritto 20. così: *Heredes quoque mulieris adversus creditores eadem exceptione, quæ ex Senatus Consulto introducta est, uti posse dubium non est*.

Il dotto Bartolo commentando questa Legge suscitò il dubio, perchè ella faccia menzione degl' Eredi della donna, e non degl' altri, e dilucidollo così: *Privilegium personale trahitur ad hæredes pro tempore præterito, pro quo est facta executio*, colle quali parole troppo oscure peraltro volle avvertirci di esser tal beneficio personale, e conseguentemente non potersi tramandare senonchè agli Eredi, che rappresentano la persona dell' istesso defunto, e non a' singolari Successori. Potrebbero dunque i figli di detta D. Lucrezia opponerlo; ma come potrebbero opponerlo, quando i medesimi colla loro Madre venderono le tre dette difese ad esso Principe di Campana? E qual privilegio può ritrovarsi nel dritto, che si estende puranche a potere taluno impugnare il fatto proprio?

Quali siano quelle eccezioni, che d' altri opponere non si possono, quando siano singolari successori, lo scrisse Bartolo nel Commento della *L. 2. ff. de except. rei judicatæ*, avvertendoci, che quelle eccezioni, che son dependenti dalla volontà di un terzo, opponere non si possono se non che per la volontà del medesimo, locchè esemplifica nell' enfiteuta, che sia caduto in commisso, che non può opporsi se non che dal Padrone diretto, il quale non dichiarando ciò, non può un altro farlo. E per venire al caso individuale Graziano *discept. forens. cap. 27. n. 39.* trattò il nostro caso, cioè se l' eccezioni del Vellejano, e del Macedoniano si possano opporre da un terzo, eccone le proprie parole, che io ne trascrivo: *Tertio cum de hoc dubitaretur; declaravi hujusmodi nullitates contractus ob non servatam formam statuti de qua agimus, non posse allegari, nisi per ipsos minores, prout regulare est quod nullitas introducta favore alicujus non habeat locum, nisi ille velit, quamvis esset cauta dolo, Bartolus in L. eleganter de dolo malo*. E parla il lodato Autore nel loco citato del Macedoniano, e del Vellejano.

Lo